Die Zulässigkeit der quasinegatorischen Unterlassungsklage gegenüber strafrechtlich verbotenen Handlungen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der

juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der Universität Rostock

vorgelegt von

Werner Kaiserling

Gerichtsreferendar

aus Lauenburg i. Pom.

Lauenburg i. Pom. 1934

Druck: Otto Amtmann, Lauenburg i. Pom.

Referent: Prof. Dr. R. Henle.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Literaturverzeichnis.

I. Kommentare.

a) zum Bürgerlichen Gesetzbuch:

Oertmann,	5. Aufl. Berlin 1928 Bd. 2.
Planck,	4. Aufl. Berlin 1928 Bd. 2, II.
Kommentar von Reichsgerichtsräten,	6. Aufl. Berlin—Leipzig 1928 Bd. 2 u. 3.
von Staudinger,	9. Aufl. München — Berlin — Leipzig 1929 Bd. 2, III, 1926 Bd. 3, I.

b) zum Handelsgesetzbuch:

Staub—Könige,	12. u. 13. Aufl. Berlin—Leipzig 1926 Bd. 3.

c) zur Zivilprozeßordnung:

Baumbach,	6. Aufl Berlin 1931
Förster—Kann,	3. Aufl. Berlin 1926 Bd 2
Seuffert—Walsmann,	12. Aufl. München 1932 Bd. 2.
Stein—Jonas,	14. Aufl. Tübingen 1929 Bd. 2.
Sydow—Busch—Krantz,	20. Aufl. Berlin—Leipzig 1930 Bd, 2.

d) zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb:

Rosenthal,	8. Aufl Berlin 1930.

e) zur Strafprozeßordnung:

Löwe—Rosenberg,	18., 19. Aufl. Berlin—Leipzig 1929, 1933.

II. Lehr- und Handbücher.

a) Bürgerliches Recht:

Enneccerus—Kipp—Wolff,	Lehrbuch des bürg. Rechts. Marburg Bd. 1 (Enneccerus—Nipperdey) 13 Bearb. 1931, Bd. 2 (Enneccerus—Lehmann) 12. Bearb. 1932.
Henle,	Lehrbuch des bürg. Rechts I. Allg. Teil Bln. 1926
Leonhard,	Besonderes Schuldrecht d. BGB. München—Leipzig 1931.

b) Zivilprozeßrecht:

Rosenberg,	3. Aufl. Bln. 1931.

III. Abhandlungen.

Eltzbacher,	Die Unterlassungsklage Bln. 1903.
Geipel,	Die vorbeugende Unterlassungsklage Lpz. —Bln. 1932 (Rechtsfragen d. Praxis Bd. 51).

Krakenberger, Die rechtliche Natur der Ordnungsstrafe Bln. 1912 (Strafrechtliche Abhandlungen Heft 156)
Lehmann, Die Unterlassungspflicht im bürg. Recht, München 1906
Reinhardt, Das Persönlichkeitsrecht in der geltenden Rechtsordnung Mannheim-Bln.-Lpz. 1931.
Rosenthal, Die Unterlassungsklage München—Bln.—Lpz. 1916.
Stephan, Die Unterlassungsklage München 1908.
Temper, Die Zwangsvollstreckungsstrafen der Reichszivilprozeßordnung Dissertation Leipzig 1909.

IV. Aufsätze.

Delius, Gibt es eine Klage auf Unterlassung, wenn die zu untersagende Handlung durch ein Strafgesetz unter Strafe gestellt ist? JW. 1913, 6.
Finger, Die Unterlassungsklage gegenüber strafrechtlich verbotenen Handlungen JW. 1919, 564
Jsaak, Zwangsstrafrecht u. Zwangsstrafverfahren ZStW 21 (1900), 625.
Frh. von Kleist, Die Strafen in §§ 888, 890 ZPO und ihr Erlaß durch Begnadigung JW. 1911, 205.
Lau, Der Unterlassungsanspruch aus den §§ 823 ff. BGB. Gruch 47 (1903), 497
Meikel, Die Klage auf Unterlassung künftiger Beeinträchtigungen DRZ. 1915, 318
Meyer, Kritische Streifzüge in das Gebiet der unerlaubten Handlungen Recht 1924, 433.
Neukamp, Unterlassungsklage, öffentliche Strafandrohung u. Wiederholungsgefahr JW. 1915. 113
„ „ Ist eine Unterlassungsklage zwecks Abwehr drohender strafbarer Handlungen zulässig? Festschrift für Ernst Zitelmann, München—Leipzig 1913.
Oertmann, Unterlassungsansprüche aus unerlaubten Handlungen DJZ 1904, 616.
Recken, Unterlassungsklage und öffentliche Strafandrohnng JW. 1915, 271.
Rosenthal, Die Unterlassungsklage und der VI. Zivilsenat des Reichsgerichts JW. 1925, 575.
Rospatt, Zur Voraussetzung einer Strafverhängung aus § 890 ZPO. JW. 1900, 892.
Schmitt, Unterlassungsklage und Strafverfolgung bei unlauterem Wettbewerb JW. 1913, 669.
Schramm, Unterlassungsklage und Rechtschutzinteresse DJZ. 1925, 1630.

Teich, Zur Frage der Klage auf Unterlassung unerlaubter Handlungen JW. 1914, 612.
Weinmann, Unzulässigkeit der Klage auf Unterlassung einer unter öffentliche Strafe gestellten Handlung? JW. 1914, 1007.
Werner, Strafen im Zivilprozeß; Erstattungspflicht der Strafen nach §§ 888, 890 gemäß §§ 717 II, 945 ZPO. Sächs. Arch. Rpfl. 4 (1927), 344
Wieruszowski, Der heutige Stand der Lehre vom Persönlichkeitsrecht DRZ. 1927, 225.

V. Rechtsprechung und Zeitschriften.

Archiv für Rechtspflege in Sachsen, Thüringen und Anhalt.
Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot.
Deutsche Juristenzeitung.
Deutsche Richterzeitung.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichts.
Juristische Wochenschrift.
Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
Markenschutz und Wettbewerb.
Das Recht.
Höchstrichterliche Rechtsprechung.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

Die Anführung des Schrifttums und der Rechtsprechung geschieht nach Maas—Magnus, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, Bln.—Lpz. 1929.

Inhalt:

Seite

§ 1 Einleitung 7

I. Teil.

Wesen, Rechtsgrundlagen und Voraussetzungen der quasinegatorischen Unterlassungsklage.

§ 2. Das Wesen der quasinegatorischen Unterlassungsklage 8

§ 3. Die Rechtsgrundlagen der quasinegatorischen Unterlassungsklage 9

§ 4. Die Voraussetzungen der quasinegatorischen Unterlassungsklage 13

II. Teil.

Die Frage der Zulässigkeit der quasinegatorischen Unterlassungsklage gegenüber Handlungen, deren Unterlassung strafrechtlich verboten ist.

§ 5. Der Standpunkt der Reichsgerichts 15

§ 6. Verneinung der Frage auf Grund einer eingeschränkten analogen Anwendung der §§ 12, 862, 1004 BGB. und der entsprechenden Bestimmungen der UWG.? . . 18

§ 7 Verneinung der Frage wegen mangelnden Rechtsschutzbedürfnisses für die Erhebung der quasinegatorischen Unterlassungsklage? 22

§ 8. Verneinung der Frage infolge Anwendung des Grundsatzes „ne bis in idem“ im Hinblick auf die zu verhängenden Strafen? 23

§ 9 Die Möglichkeit einer ausnahmsweisen Einschränkung der grundsätzlich unbeschränkt zu gewährenden quasinegatorischen Unterlassungsklage gegenüber strafbaren Handlungen. 29

§ 10. Zusammenfassung des Ergebnisses. 30

§ 1. Einleitung.

In Schrifttum und Rechtsprechung besteht Uebereinstimmung darüber, daß eine sogenannte quasinegatorische Unterlassungsklage zur Abwehr künftiger Eingriffe in durch die §§ 823 ff. BGB. geschützte Rechtsgüter zulässig ist. Es läßt sich hier von einer allgemeinen Meinung sprechen, obwohl die Begründung für diese Ansicht nicht ganz einheitlich und der der Klage zu gewährende Umfang nicht unstreitig ist. Die in der vorliegenden Arbeit behandelte Frage, ob die quasinegatorische Unterlassungsklage auch im Falle der Möglichkeit der strafrechtlichen Verfolgung der durch Zivilurteil zu untersagenden Handlung grundsätzlich zuzulassen ist oder nicht, galt durch das Urteil des II. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 15. Februar 1927 [1]) als in bejahendem Sinne beantwortet und damit als in einer zufriedenstellenden Weise erledigt, da der II. Zivilsenat in der genannten Entscheidung den im Schrifttum überwiegend bekämpften verneinenden Standpunkt des (bis zum 30. November 1923 bestehenden) früheren VI. Zivilsenats [2]) aufgegeben hatte. Neuere Urteile des IV. [3]), VI. [4]) und IX. [5]) Zivilsenats des Reichsgerichts lassen jedoch die Streitfrage bewußt und ausdrücklich offen und lassen somit erkennen, daß das Reichsgericht sich in der Entscheidung der Frage noch nicht festgelegt hat und auch noch nicht festlegen will. Die Erörterung und Entscheidung der im Thema dieser Arbeit gestellten Frage erscheint unter diesen Umständen erneut am Platze, zumal die quasinegatorische Unterlassungsklage im Rechtsleben wichtige Funktionen zu erfüllen hat. Die folgenden Ausführungen haben die Aufgabe, zur Klärung der Frage beizutragen. Sie ist allerdings im Schrifttum schon häufiger behandelt worden. Doch ist die für ihre Entscheidung in bejahendem oder verneinendem Sinne vorgebrachte Art der Beweisführung durchgängig unsystematisch und unscharf, weil sich bisher weder Theorie noch Praxis eingehend mit den entscheidenden Gesichtspunkten beschäftigt haben. Es handelt sich daher in dieser Arbeit in erster Linie darum, eine richtige Problemstellung vorzunehmen und auf Grund dieser dann die Frage zu entscheiden.

1) RGZ. 116, 151; ebenso die Urteile des II. Zivilsenats in MuW. 1927, 56 und JW. 1933, 1400 Nr. 6.
2) RGZ. 77, 222/23; 82, 64; 88, 132; 91, 268; 95, 341/42; 98, 39.
3) RGZ. 128, 307; JW. 1927, 2422 Nr 12.
4) RGZ. 123, 274; 124, 257.
5) RGZ. 140, 402; LZ. 1931, 1385 Nr. 7; JW. 1932, 2706 Nr. 5; 3608 Nr. 3; Gruch. 72, 319.

Ehe zum eigentlichen Problem Stellung genommen wird, erscheint es erforderlich, einen kurzen Ueberblick über Wesen, Rechtsgrundlagen und Voraussetzungen der quasinegatorischen Unterlassungsklage zu geben.

I. Teil.

Wesen, Rechtsgrundlagen und Voraussetzungen der quasinegatorischen Unterlassungsklage.

§ 2. Das Wesen der quasinegatorischen Unterlassungsklage.

Wenn im folgenden von der quasinegatorischeen Unterlassungsklage die Rede ist, so wird unter ihr die zum Schutze der Rechtsgüter der §§ 823, 824 und 826 BGB. durch die Rechtsprechung geschaffene Unterlassungsklage verstanden im Gegensatz zu der auf einer vertraglichen Vereinbarung und der auf ausdrücklichen Gesetzesvorschriften beruhenden Unterlassungsklage. In den beiden letztgenannten Fällen besteht das in der vorliegenden Arbeit behandelte Problem nicht, da die Unterlassungsklage hier nach einhelliger Meinung ohne Rücksicht auf eine öffentliche Strafdrohung zulässig ist. Oft wird die an dieser Stelle als „quasinegatorische" bezeichnete Unterlassungsklage auch „vorbeugende" genannt [6]). Diese nach dem Zweck der Klage gewählte Bezeichnung ist jedoch nicht treffend, da auch die beiden anderen ebengenannten Arten der Unterlassungsklagen in diesem Sinne „vorbeugende" sind. Besser wird vielmehr die Klage nach ihrer rechtlichen Grundlage als „quasinegatorische Unterlassungsklage" bezeichnet, da sie der zum Schutze absoluter Rechte gegebenen Unterlassungsklage nachgebildet ist. — Die quasinegatorische Unterlassungsklage wurde, da eine gesetzliche Regelung nicht bestand, durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts einem Bedürfnis des Rechtslebens entgegenkommend geschaffen und ausgebaut. Das Gesetz läßt nämlich den Anspruch auf Unterlassung grundsätzlich nnr zur Abwehr rechtswidriger Eingriffe in absolute Rechte und Besitzverhältnisse zu, und zwar unter der Voraussetzung, daß ein Eingriff erfolgt ist und weitere Beeinträchtigungen zu befürchten sind. So gewähren eine Unterlassungsklage zum Schutze absoluter Rechte: der § 1004 BGB. und in gleicher Weise die §§ 1017 (bezw. § 11 der Verordnung über das Erbbaurecht vom 15. Januar 1919), 1027, 1065, 1090, 1134, (entsprechend 1107, 1192), 1227 BGB., ferner die §§ 12 BGB. und 37 HGB. und zum Schutze des Besitzes die §§ 862,

6) RGR-Komm Vorb. 6 III vor § 823; Planck § 823 IV 2; Staub—Könige Anh. zu § 346, 13 b; RGZ, 140, 402 u a. m.

1029, 1090 II BGB. Die Durchsetzung von Unterlassungspflichten, die in einem Vertrage ihre Grundlage haben, ermöglichen die §§ 550, 577 und 581 BGB. In einem gesetzlichen Schuldverhältnisse findet ihre Grundlage die Unterlassungsklage aus den §§ 1053 und 1068 BGB. Außerdem sind in den §§ 1, 3, 6, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 16 UWG Unterlassungsansprüche zum Schutze gegen die Verletzung gewerblicher Interessen gegeben. — Diese einzelnen gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen Unterlassungsklagen reichen aber für die Bedürfnisse des Rechtslebens nicht aus. Für dieses ist vorbeugender Rechtsschutz gegen zukünftige widerrechtliche Beeinträchtigungen der in den §§ 823 ff. BGB. geschützten Güter und Interessen eine Notwendigkeit. Es war und ist deshalb erforderlich, in rechtsschöpferischer Weise eine Unterlassungsklage auch zum Schutze dieser Rechtsgüter und Interessen zuzulassen.

§ 3. Die Rechtsgrundlagen der quasinegatorischen Unterlassungsklage.

Über die rechtliche Begründung der durch die Rechtsprechung geschaffenen quasinegatorischen Unterlassungsklage bestehen verschiedene Ansichten. Nach der herrschenden Meinung [7]) findet sie ihre Begründung als actio quasi negatoria in entsprechender Anwendung der für die actio negatoria geltenden Bestimmungen der §§ 12, 862, 1004 BGB. Danach werden also die für rechtswidrige Eingriffe in bestimmte absolute Rechte und in den Besitz eine Unterlassungsklage gewährenden Vorschriften des BGB. auch als Grundlage für Unterlassungsklagen gegenüber Eingriffen in gesetzlich begünstigte Rechtspositionen angesehen. Diese alleinige und unmittelbare Heranziehung der §§ 12, 862, 1004 BGB. zur Begründung der Unterlassungsklage erscheint indes nicht genügend. Denn die genannten §§ rechtfertigen an und für sich nur eine analoge Anwendung auf andere absolute Rechte. (Der Besitz ist zwar kein absolutes Recht, wird aber doch in vielen Beziehungen wie ein solches behandelt.) Dennoch ist der Analogieschluß berechtigt, und zwar unter mittelbarer Heranziehung der §§ 12, 862, 1004 BGB. Es liegt nämlich diesen §§ der auch in sonstigen gesetzlichen Bestimmungen z. B. im Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (vergl. die §§ 1, 3, 13, 14, 16) enthaltene allgemeine Rechtsgedanke zugrunde, daß einem drohenden rechtswidrigen Eingriff in Rechte und Rechtsgüter ein Riegel vorgeschoben werden

7) RGZ. 60, 7; 61, 369; 82, 62; 101, 339; 116, 153; 124, 257; RGR-Komm. Vorb. vor § 823, 6 III b und § 1004, 7 b; Planck § 823 B IV 2; Staudinger § 1004, 2 g; Staub-Könige Anh. zu § 346, 13 b; Geipel 12.

muß; Verwirklichung findet dieser Gedanke in den genannten Bestimmungen durch die Gewährung eines vorbeugenden Rechtsschutzmittels, der Unterlassungsklage. Dieses Zurückgehen auf den gesetzgeberischen Grundgedanken ist der wahre Grund des Analogieschlusses [8]), der auch berechtigt ist. Die analoge Anwendung einer gesetzlichen Bestimmung ist nämlich zulässig, wenn

1) eine praktische Notwendigkeit besteht, einen Fall ebenso zu behandeln wie den ausdrücklich geregelten, und
2) die Tatbestände des gesetzlich geregelten und des analog zu behandelnden Falles wesensgleich oder doch wesensähnlich geartet sind.

Beide Voraussetzungen für die Erstreckung der gesetzlich für bestimmte Fälle gegebenen Unterlassungsklage auch auf die durch die §§ 823 ff. geschützten Rechtsgüter liegen vor.

Denn die durch die im § 2 dieser Arbeit angeführten Bestimmungen des BGB, HGB. und UWG. ausdrücklich durch Gewährung einer Unterlassungsklage geschützten Rechte und Interessen einerseits und die durch die §§ 823 ff. BGB. unter Schutz gestellten Rechtsgüter andererseits werden vom Gesetz in gleicher Weise als schutzwürdig und schutzbedürftig angesehen. Dies erweist der ihnen verliehene gesetzliche Schutz, auf Grund dessen ihre Verletzung bei Vermeidung von Rechtsnachteilen verboten ist. Dies geschieht bei jenen speziell durch Verbot störender Einwirkungen, bei diesen stillschweigend durch Verpflichtung zum Schadenersatz. Insofern enthalten also auch die Schutznormen der §§ 823 ff. BGB. ein Unterlassungsgebot für entgegenstehende Handlungen und zeigen die (allerdings nicht voll entwickelte) Tendenz, einen den geschützten Rechtsgütern drohenden Schaden zu verhüten. Sind in dieser Weise die beiden Tatbestandsgruppen der §§ 12, 862, 1004 BGB. u. s. w. einerseits und der §§ 823 ff. BGB andererseits gleichliegend, so bestehen aber auch keine Bedenken gegen die praktische Notwendigkeit ihrer gleichen rechtlichen Behandlung in der Frage des vorbeugenden Rechtschutzes Das Bedürfnis, den durch die §§ 823 ff. BGB. geschützten Rechtsgütern und Interessen einen vorbeugenden Rechtsschutz gegen in Zukunft zu befürchtende Störungen zu gewähren, ist anerkanntermaßen [9]) gegeben Es entspringt dem Grundsatz, daß eine nutzlose Vernichtung von Werten von vornherein verhütet und der Verletzte nicht auf einen problematischen Schadensausgleich nach Schadenseintritt verwiesen wird, den allein das BGB. in den §§ 823 ff. im Auge zu haben scheint — Sind also die durch die §§ 823 ff. BGB. geschützten Rechtsgüter

8) Enneccerus—Lehmann § 242 I 2; Planck § 823 IV B. 2.
9) z. B. Lau Gruch 47, 508; Stephan 154.

ebenso schutzwürdig und schutzbedürftig wie die mit einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung bedachten Rechte und Interessen, und ist die Vorbeugung gegenüber einer Rechtsverletzung auch in jenen Fällen rechtspolitisch erwünschter als die Heilung eines bereits entstandenen Schadens, so darf zum Schutze der durch die §§ 823 ff BGB. geschützten Rechtsgüter und Interessen nicht nur ein Schadensersatzanspruch anerkannt werden, wenn gegen das Verbot der Rechtsverletzung verstoßen ist, sondern es muß auch ein Mittel gewährt werden, damit ein solcher Verstoß nicht erfolgt. Dies geschieht dadurch, daß im Wege der Analogie die Zulässigkeit einer Unterlassungsklage gegenüber künftigen rechtswidrigen Eingriffen auch für das Gebiet der §§ 823 ff. BGB. anerkannt wird. — Wenn auch zugegeben ist, daß durch diese Konstruktion die Rechtsordnung ergänzt wird, so ist diese Weiterbildung des Rechts doch einem starren Festhalten am Wortlaut von gesetzlichen Bestimmungen vorzuziehen, die einem dringenden praktischen Bedürfnis nicht entsprechen würden.

Der Einwand, daß durch die analoge Anwendung der §§ 12, 862, 1004 BGB. u. s. w. der Unterschied zwischen den absoluten Rechten und bloßen Rechtsgütern verwischt wird [10]), ist nicht richtig. Denn die Natur der absoluten Rechte bleibt trotz der Analogie dieselbe. Es ist gerade das Wesen der Analogie, daß der einem Tatbestande gewährte Schutz auf andere Tatbestände ausgedehnt wird. Dadurch werden aber die Tatbestände selbst in keiner Weise verändert.

Im Schrifttum hat man die quasinegatorische Unterlassungsklage auch auf anderem Wege rechtlich zu begründen versucht.

Eltzbacher geht in seiner Abhandlung davon aus, daß aus den die Unterlassungsklage ausdrücklich zulassenden gesetzlichen Bestimmungen der allgemeine Grundsatz zu entnehmen sei, daß bei einem Eingriff in ein Privatrecht und bei der drohenden Wiederholung dieses Eingriffs auf Unterlassung geklagt werden könne. Er nimmt dabei an, daß jede unerlaubte Handlung eine Verletzung eines Privatrechts sei [11]); ein solches sei nämlich immer schon dann gegeben, wenn eine gesetzliche Bestimmung jemanden um eines anderen willen einschränke [12]). Diese Ansicht ist aber mit Recht allgemein abgelehnt worden [13]), weil sie zu einer uferlosen Ausdehnung des subjektiven Rechts führt. Von einem solchen ist

10) Lehmann, Unterl.-pflicht 228; JW. 1919, 721.
11) 96.
12) 104.
13) Oertmann DJZ. 1904, 619; Enneceerus—Lehmann § 242, I A. 1; Planck § 823 B II 1 f; Leonhard § 357.

die lediglich begünstigende Wirkung einer gesetzlichen Bestimmung streng zu unterscheiden. Das ergibt sich, wie Oertmann [14]) dargelegt hat, aus der Vorschrift des § 328 Absatz 2 BGB., die das Recht des Dritten von dessen bloßer Rechtsposition trennt, aus dem begrifflichen Unterschied zwischen Vermächtnis und Auflage (§§ 2174 und 2194 BGB.) und schließlich aus dem Verhältnis des Absatz 1 zum Absatz 2 des § 823 BGB.: nach Eltzbacher würde nämlich Absatz 2 überflüssig sein, da das Recht des durch Absatz 2 Begünstigten schon im Absatz 1 enthalten wäre.

Oertmann [15]) und Stephan [16]) wollen eine Unterlassungsklage nur gewähren, wenn der mit ihr bezweckte Erfolg sich als Naturalrestitution im Sinne des § 249 BGB. darstellt. Dann aber entfällt die Möglichkeit eines Unterlassungsanspruchs gegen drohende zukünftige Eingriffe, da auf Grund des § 249 BGB. nur die Wiederherstellung eines in der Vergangenheit liegenden, durch schädigende Handlungen gestörten Zustandes verlangt werden kann, aber nicht die Unterlassung späterer Wiederholungen störender Eingriffe.

Lehmann [17]) und Leonhard [18]) wollen ebenfalls grundsätzlich nur eine Unterlassungsklage auf Grund des § 249 BGB. geben (wobei sie allerdings den Begriff des entstandenen Schadens sehr weit auslegen), jedoch im Wege der Einzelanalogie zum Schutze bestimmter Persönlichkeitsgüter eine quasinegatorische Unterlassungsklage zulassen, Dieser Gesichtspunkt dürfte wohl in einer großen Anzahl von Fällen zutreffen, richtig erscheint jedoch der weitere Standpunkt des Reichsgerichts, der nicht beliebige Rechtsgüter herausgreift. Bei der von Lehmann und Leonhard befürworteten Einengung der analogen Anwendung der §§ 12, 862, 1004 zugunsten bestimmter Rechtsgüter würde die quasinegatorische Unterlassungsklage eine unsichere Rechtsgrundlage haben und zu einem verschwommenen Gebilde herabsinken.

Auch auf das Vorhandensein eines allgemeinen Persönlichkeitsrechtes [19]) kann die quasinegatorische Unterlassungsklage nicht gestützt werden. Denn der geltenden Rechtsordnung ist der Begriff eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts unbekannt [20]). Es gibt

---

14) DJZ. 1904, 619.
15) DJZ. 1904, 622.
16) 154.
17) Unterl.-pflicht 129, 130, 223, 228; Enneccerus—Lehmann § 242 I 2.
18) § 356.
19) Rosenthal, Unterlassungsklage 3.
20) Henle § 4 II 1 a; Enneccerus—Nipperdey §§ 71 I 1 und 93 V; RGZ. 69, 403; 113, 414; KG. JW. 1928, 693 Nr. 1; Oertmann § 823, 1.

nur einzelne besonders geschützte Persönlichkeitsrechte wie das Recht am Namen, an der Firma, am Warenzeichen und am eigenen Bilde. Das Bestehen der ein solches Persönlichkeitsrecht gewährenden Einzelbestimmungen würde zwar grundsätzlich die Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechtes nicht hindern, da aus einer größeren Reihe von gesetzlichen Bestimmungen, die einen bestimmten Schutzgegenstand zum Inhalt haben, auf das Vorhandensein eines einzigen, allumfassenden absoluten Rechts geschlossen werden könnte Für diesen Schluß fehlt es aber an dem praktischen Bedürfnis, der Voraussetzung für jede Analogie. Denn „unbeschränkter Schutz der Persönlichkeitsrechte wäre der Tod der persönlichen Freiheit". Die Richtigkeit dieses Ausspruchs Eggers [21]) weist Leonhard [22]) an Hand von Beispielen nach. Da also ein über die gesetzlichen Bestimmungen hinausgehendes Schutzbedürfnis für die Gewährung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechtes nicht anzuerkennen ist, ist die Konstruktion eines solchen absoluten Rechts überhaupt und infolgedessen auch als Grundlage der quasinegatorischen Unterlassungsklage abzulehnen.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß die analoge Anwendung des in den §§ 12, 862, 1004 BGB. und 1, 3, 13, 14, 16 UWG. u. s. w. zum Ausdruck gelangten Rechtsgedankens die allein geeignete Rechtsgrundlage für die quasinegatorische Unterlassungsklage abgibt.

§ 4. Die Voraussetzungen der quasinegatorischen Unterlassungsklage.

Die einzelnen Voraussetzungen für die den Rechtsgütern der §§ 823 ff. BGB zugute kommenden Unterlassungsklage sind dieselben wie die für die in den §§ 12, 862, 1004 BGB. ausdrücklich gewährten Unterlassungsklagen, da es die Folge analoger Anwendung ist, daß diese den gleichen Grundsätzen unterworfen ist wie die direkte Gesetzesanwendung.

Das erste Erfordernis für die Zulässigkeit der quasinegatorischen Unterlassungsklage ist demgemäß ein Eingriff in die durch die §§ 823 ff. BGB geschützten Rechtsgüter und Interessen. Schutzobjekte sind die im § 823 Absatz 1 genannten Rechtsgüter des Lebens, des Körpers, der Gesundheit und der Freiheit, ferner die mittelbar durch Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. geschützten Rechtsgüter im Rahmen dieses Schutzes, z. B. Ehre, Vermögen u. s. w ; die durch § 824 BGB geschützten Interessen: Kredit,

21) Komm. z. Schweiz. Zivilgesetzb. Art. 28 A 53 (Reinhardt 14), vergl. auch Wieruszowski DRZ. 1927, 229; Enneccerus—Nipperdey § 71 I; Reinhardt 14.

22) § 296.

Erwerb und Fortkommen; endlich die durch § 826 BGB. geschützten Interessen der gesamten Rechtssphäre des einzelnen.

Das Erfordernis des „Eingriffs" ist erfüllt, wenn eine Verletzung der genannten Rechtsgüter oder luteressen bereits erfolgt ist. Unter Umständen genügt jedoch auch schon ein erstmaliger unmittelbar drohender Angriff [23]); denn der Begriff des „Eingriffs" ist so weit auszulegen, daß auch ernsthafte Vorbereitungshandlungen, die jederzeit zu einer Verwirklichung der unerlaubten Handlung führen können, darunter fallen, da es gerade der Sinn des vorbeugenden Rechtsschutzes ist, eine Rechtsverletzung zu verhüten.

Die zweite Voraussetzung für die Zulässigkeit der Unterlassungsklage ist die Rechtswidrigkeit des Eingriffs, deren Vorliegen nach den allgemeinen Vorschriften festzustellen ist. Kann sich der Angreifer indessen auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 824 Abs. 2 BGB., § 193 StGB.) berufen, und fehlt es an und für sich demgemäß an einem objektiv rechtswidrigen [24]) Eingriff in der Vergangenheit, so ist dennoch bei Nachweis der Unrichtigkeit der verbreiteten Behauptung die Unterlassungsklage gegen bevorstehende weitere Angriffe gerechtfertigt; denn ein Interesse, eine als falsch erwiesene Behauptung erneut zu verbreiten, kann nicht als ein „berechtigtes" anerkannt werden [25]).

Ein Verschulden des Täters ist im Falle eines Angriffs in die durch die §§ 823 und 824 BGB. geschützten Rechtsgüter nicht erforderlich, da für die actio negatoria ein lediglich objektiv rechtswidriges Verhalten genügt und ein gleiches auf Grund der analogen Anwendung auch für die quasinegatorische Unterlassungsklage gelten muß. Nur im Falle des § 826 BGB. ist ein Verschulden des Täters erforderlich [26]). Denn § 826 BGB. verlangt als Voraussetzung für seine Anwendung begrifflich sittenwidrige Handlungsweise **und** Vorsatz; ohne Vorsatz wäre das objektiv sittenwidrige Verhalten nicht rechtswidrig. Die entgegengesetzte Ansicht Geipels und Nipperdeys würde zu der Folge führen, daß bei der Unterlassungs-

23) RGZ 101, 340; RG.JW. 1931, 1191, Nr. 10 a; RGR-Komm. Vorb. vor § 823, 6 III a und § 1004, 7 b; Planck § 823 B IV, 2 a

24) RGSt. 62, 92; 64, 134; 65, 334/35; Goldschmidt JW. 1927, 2022 A. 38; unzutreffend RGSt. 64, 23 (die Entscheidung spricht ohne Begründung von einem „Schuldausschließungsgrund").

25) RGZ 95, 343; 124, 260; RG.JW. 1932, 3608 Nr. 3; JW. 1933, 1400 Nr. 16; JW. 1934, 408 Nr. 4; Geipel 23/24.

26) RGZ. 123, 274/75; RGR-Komm. Vorb. vor § 823, 6 III b; Staub—Könige Anh. zu § 346, 13 b. A. A. Geipel 19; Nipperdey JW. 1933, 214.

klage der Schutz des § 826 BGB. auch gegen bloß **fahrlässige** sittenwidrige Schädigung fremder Interessen eingreift, was unmöglich richtig sein kann.

Der dritte Erfordernis für die Zulässigkeit der Unterlassungsklage ist die Wiederholungsgefahr. Es muß eine ernstliche, auf Tatsachen sich gründende Wahrscheinlichkeit für die Wiederholung der Rechtsverletzung bestehen [27]). Die bloß abstrakte Möglichkeit einer Wiederholung des Eingriffs genügt nicht, da die Unterlassungsklage nicht einen begangenen Eingriff sühnen, sondern einen künftigen Eingriff verhüten soll. Die Frage, ob die Gefahr der Wiederholung des Eingriffs besteht oder nicht, hängt vom Einzelfall ab und läßt sich nicht allgemein auf Grund einer festen Formel entscheiden.

Als ein weiteres Erfordernis für die quasinegatorische Unterlassungsklage ist schließlich in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung noch ein „besonderes Rechtschutzbedürfnis" verlangt worden für den Fall, daß der Eingriff **bereits durch ein Strafgesetz unter öffentiche Strafe gestellt ist.** Nach dieser Auffassung muß in diesen Fällen das Vorliegen eines Rechschutzbedürfnisses besonders streng nachgeprüft werden, und ist das Rechtschutzbedürfnis regelmäßig nicht gegeben. Daß aber ein solches „besonderes Rechtsschutzbedürfnis" in Wahrheit nicht erfordert werden kann, ist Gegenstand der folgenden Ausführungen.

II. Teil.

Die Frage der Zulässigkeit der quasinegatorischen Unterlassungsklage gegenüber Handlungen, deren Unterlassung strafrechtlich verboten ist.

§ 5. Der Standpunkt des Reichsgerichts.

Das Reichsgericht hat die in seiner Rechtsprechung ursprünglich unbegrenzt gewährte quasinegatorische Unterlassungsklage später regelmäßig dann versagt, wenn die Handlung, deren Unterlassung begehrt wurde, strafrechtlich verboten war. Es hat den zivilrechtlichen Rechtsschutz nur ausnahmsweise dann gewährt, wenn die Strafverfolgung keinen genügenden Rechtsschutz versprach. Seine Ansicht begründete das Reichsgericht damit, daß der mit der qua-

27) RGZ. 113, 35; RG.JW, 1913, 543 Nr. 8; 1932, 2858 Nr. 9 a. E.; LZ. 1931, 1385 Nr. 7; OLG. Nürnberg BayRpfZ. 1929, 197; Meikel DRZ. 1915, 329; Planck § 823 B IV, 2 b; Staub—Könige, Anh. zu § 346, 13 f; A. A. Rosenthal JW. 1925, 576.

sinegatorischen Unterlassungsklage bezweckte Schutz in der Regel bereits durch die öffentliche Strafdrohung gewährt werde und eine schon mit öffentlicher Strafe bedrohte Handlung nicht außerdem noch im Wege der Zivilrechtpflege mit einer Strafe bedroht werden könne [28]). Durch die Androhung einer besonderen Strafe durch den Zivilrichter würde das Ansehen und das Gewicht der allgemeinen Strafrechtsnormen und der für sie gegebenen öffentlichen Strafandrohung nur in einer der Gesamtrechtspflege nicht förderlichen Weise herabgedrückt und geschwächt [29]). Die staatliche Rechtspflege, die den Zivil- und Strafgerichten anvertraut wäre, müsse in höherem Sinne als Einheit aufgefaßt werden. Sie müsse daher von dem Grundsatz ausgehen, daß für den Regelfall der strafrechtliche Schutz ausreiche, um den wirksam zu schützen, der mit einer unter öffentliche Strafe gestellten Rechtsverletzung bedroht wäre. Aufgabe der Zivilrechtspflege könne es nicht sein, dem Verletzten einen zweiten Weg zu eröffnen, um die ihm zugefügte Verletzung zu rächen und ihm zu ihrer Sühne zu verhelfen [29]). Diese Gründe für die notwendige Einschränkung der Unterlassungsklage würden auch nicht durch den Umstand entkräftet, daß im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb zivilrechtliche Unterlassungsklage und strafrechtliche Verfolgung nebeneinander vorgesehen seien. Denn hier diene gerade die Androhung der öffentlichen Strafe zur Verstärkung der aufgestellten zivilrechtlichen Normen, deren Durchführung durch den wirksameren und eindrucksvolleren strafrechtlichen Schutz gesichert werden sollte, und bezwecke die strafrechtliche Drohung die Erhöhung des Gewichts der zivilrechtlichen Norm [29]).

Ein „besonderes Rechtsschutzbedürfnis" des Verletzten für eine Unterlassungsklage gegenüber strafrechtlich verbotenen Handlungen sah das Reichsgericht nur in Ausnahmefällen als gegeben an z. B. wenn der Strafverfolgung Hindernisse im Wege standen (z. B. Verjährung der Strafverfolgung, Ablauf der Antragsfrist, Aufenthalt des Täters im Ausland) oder wenn die Strafverfolgung einen ausreichenden Schutz gegen die hartnäckige Wiederholung des Angriffs nicht bot [30]).

Dieser anfangs vom früheren VI. Zivilsenat [31]) vertretenen Ansicht, der aber der II. Zivilsenat [32]) nicht gefolgt ist, nachdem schon vor-

28) RGZ. 77, 222/223; ebenso Lau Gruch 47, 504.
29) RGZ 98, 39; ebenso Hamburger JW. 1927, 2422 Nr. 18 Anm.
30) RGZ 82, 64.
31) s. Anm. 2.
32) s. Anm. 1.

her der I. Zivilsenat [33]) Bedenken gegen die Rechtsprechung des VI. Zivilsenats geäußert hatte, nähern sich neuerdings der IV. [34]), VI. [35]) und IX Zivilsenat [36]) anscheinend wieder.

Im folgenden wird dargelegt werden, daß die den Anwendungsbereich der quasinegatorischen Unterlassungsklage einschränkende Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht gebilligt werden kann. Das Verlangen eines „besonderen Rechtsschutzbedürfnisses" ist sowohl nach der Auslegung der positiven Gesetzesbestimmungen als auch aus rechtspolitischen Erwägungen ungerechtfertigt.

Das Reichsgericht stützt seine hier bekämpfte Ansicht letzten Endes auf dreierlei Gründe, obwohl dies in seinen Entscheidungen nicht klar herausgearbeitet ist. Der eine Grund, der der bekämpften reichsgerichtlichen Rechtsprechung zugrunde liegt, beruht auf dem Gedanken, daß der strafrechtliche Schutz genüge und der zivilrechtliche Rechtsschutz deshalb nicht notwendig und erwünscht sei. Damit bringt das Reichsgericht den Grundsatz zur Anwendung, daß eine Analogie nicht weiter zu gehen hat als es das praktische Bedürfnis erfordert. An und für sich wäre es nämlich durchaus möglich, die Unterlassungsklage bei unmittelbarer Anwendung der §§ 12, 862, 1004 BGB. — also bei der actio negatoria — unbeschränkt zuzulassen, sie dagegen bei Tatbeständen, die nur einer analogen Anwendung dieser Bestimmungen unterfallen, auf die Fälle zu beschränken, in denen eine strafrechtliche Verfolgung nicht möglich ist. Eine Widerlegung der reichsgerichtlichen Ansicht kann demgemäß hier nur aus rechtspolitischen Erwägungen, die die Notwendigkeit einer vollen analogen Anwendung des Rechtsgedankens der §§ 12, 862, 1004 BGB. u. s w. dartun, erfolgen.

Der zweite Grund, aus dem das Reichsgericht die Zulässigkeit der quasinegatorischen Unterlassungsklage gegenüber strafrechtlich verbotenen Handlungen ablehnt, besteht in der Ansicht, das Rechtsschutzbedürfnis an der Erhebung der Unterlassungsklage werde durch die Zulässigkeit oder Durchführung des Strafverfahrens genommen, weil dieses zu dem gleichen Ziele führe wie eine zivilrechtliche Unterlassungsklage. Auch in diesem Punkte läßt sich nur aus rechtspolitischen Erwägungen eine bejahende oder verneinende Entscheidung treffen.

Den dritten Grund sieht die bekämpfte Rechtsprechung in der Annahme, es könnten nicht zwei Strafen — die des § 890 ZPO. und die des Strafgesetzes — auf Grund eines und desselben Tatbe-

33) RGZ. 115, 84/85.
34) s. Anm. 3.
35) s. Anm. 4.
36) s. Anm. 5.

standes, nämlich der Zuwiderhandlung gegen das Unterlassungsgebot, verhängt werden. Hier handelt es sich um die Rechtsfrage, ob den Verpflichteten bei einer Zuwiderhandlung gegen das Unterlassungsgebot beide Arten von Strafen treffen können oder eine Strafverhängung als Folge einer zivilrechtlichen Unterlassungsklage und damit die Unterlassungsklage selbst wegen ihres auf ein tatsächlich gleichartiges Ergebnis abzielenden Zweckes auszuscheiden hat. Das Reichsgericht entscheidet die Frage in letzterem Sinne, indem es der Sache nach den Grundsatz „ne bis in idem" anwendet.

Daß diese drei Gründe, auf denen die bekämpfte Rechtsprechung beruht, nicht zwingend sind, ist Gegenstand der folgenden Darlegungen.

§ 6. Verneinung der Frage auf Grund einer eingeschränkten analogen Anwendung der §§ 12, 862, 1004 BGB. und der entsprechenden Bestimmungen des U. W. G.?

Das Gesetz gewährt in den Fällen der §§ 12, 862, 1004 BGB. und der entsprechenden Bestimmungen des UWG. die Unterlassungsklage ohne jede Rücksicht darauf, ob die Handlung, auf deren Unterlassung die Klage gerichtet ist, mit einer Strafe bedroht ist oder nicht. In diesen Fällen besteht ein Rechtsschutzbedürfnis ohne weiteres schon dann, wenn ein widerrechtlicher Eingriff in der Zukunft stattzufinden droht. Bilden diese Vorschriften nun aber das Vorbild für die quasinegatorische Unterlassungsklage, so müßte ein besonderer Grund bestehen, wenn bei dieser noch ein Plus gefordert wird. Denn für die analoge Anwendung einer Vorschrift müssen grundsätzlich dieselben Regeln gelten wie für die direkte Rechtsanwendung. Da indessen die analoge Rechtsanwendung nur eine entsprechende und keine gleiche ist, könnte für sie eine Einschränkung gemacht werden, wenn die volle Anwendung der direkten Norm dem Bedürfnis nicht entspricht. Denn die Analogie hat nicht weiter zu gehen, als das praktische Bedürfnis es verlangt. Aber für eine derartige Einschränkung liegt bezüglich der quasinegatorischen Unterlassungsklage kein Grund vor, insbesondere zwingen dazu die vom VI. Zivilsenat des Reichsgerichts angestellten Erwägungen nicht.

Das Gesetz selbst erkennt, indem es die Unterlassungsklage in den §§ 12, 862, 1004 BGB. und im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ohne Einschränkung zum Schutze absoluter Rechte, des Besitzes und gewerblicher Interessen gewährt, an, daß neben der öffentlichen Strafandrohung der zivilrechtliche vorbeugende

Rechtsschutz gegeben ist, ohne daß dadurch die Bedeutung der allgemeinen Strafrechtsnormen gemindert würde. Denn der Gesetzgeber hat in den genannten Bestimmungen auf diese Erwägung keine Rücksicht genommen und kein Bedenken getragen, den Zivilrechtsschutz trotz Strafandrohung zu geben. Dies muß dann aber ebenso gelten, wenn die Rechtsgüter und Interessen der §§ 823 ff. BGB. verletzt werden; denn es besteht doch sogar wie z. B. bei Ehr- und Kreditverletzungen die Gefahr der Vernichtung der Existenz des Verletzten [37]) Mit Recht bemerkt Lehmann [38]), daß die Rechtsprechung des VI. Zivilsenats des Reichsgerichts auf diese Weise den Schutz der Persönlichkeitsgüter gegenüber dem der Sachgüter zurücksetze. Dies ist um so bedenklicher, als der Ehrenschutz im deutschen Recht allgemein als unzulänglich angesehen wird. Ebensowenig ist es richtig, daß in der Regel der strafrechtliche Schutz ausreicht, um den mit einer Rechtsverletzung Bedrohten wirksam zu schützen Gerade in den vom Reichsgericht entschiedenen Fällen hatte sich der durch das Strafgesetz gewährte Schutz als unzureichend erwiesen; denn sonst hätten die Kläger nicht den Zivilrechtsweg beschritten. Auch wird dem Verletzten kein zweiter Weg zum gleichen Ziel eröffnet; denn der Verletzte, der vorbeugenden Rechtsschutz im Zivilrechtswege begehrt, will nicht eine begangene Rechtsverletzung bestrafen lassen, sondern gegen weitere Verletzungen Schutz erlangen. Es ist allerdings möglich, daß nach dem hier vertretenen Standpunkt der Täter mit zwei aus demselben Tatbestand fließenden Klagen belangt werden kann und daß in beiden Prozessen widersprechende Urteile ergehen können [39]). Aber die Gefahr einander widersprechender Urteile besteht auch sonst und kann deshalb für die hier zur Erörterung stehende Frage als eine typische Gefahr nicht ausschlaggebend sein Ebensowenig ist entscheidend, daß der Täter zweimal auf Grund desselben Tatbestandes verurteilt werden kann [40]); denn über den Schutz des Rechtsverletzers ist der des Verletzten zu stellen. Die Befürchtung, die Zahl der Prozesse werde sich ins Ungemessene steigern [41]), ist kein ernsthafter Grund; er würde zur Rechtsverweigerung führen [42]). Auch von einer Knebelung der freien Meinungsäußerung [43]) kann nicht die Rede sein, wenn man

37) RGZ. 116, 135
38) Enneccerus--Lehmann § 242 I, 3; JW. 1929, 2339, A. 10; JW. 1919, 721 A 8.
39) Dies betonen Staub Anhang zu § 346, 13 c und Planck § 823 B IV, 2 c.
40) Neukamp, Festschr. 26
41) Neukamp JW. 1915, 120; Meyer, Recht 1924, 436 und 438.
42) Mathiessen JW. 1927, 1997 A. 9.
43) Meyer, Recht 1924, 433.

die Unterlassungsklage trotz öffentlicher Strafandrohung gegenüber beleidigenden Aeußerungen zuläßt. Denn das Recht der freien Meinungsäußerung findet seine Grenze an den allgemeinen Gesetzen. Ebensowenig ist der Hinweis Neukamps [44]) auf „unhaltbare Ergebnisse", die sich bei Zulassung der Unterlassungsklage gegenüber strafbaren Handlungen herausstellen sollen, überzeugend. Denn die von ihm angeführten Beispiele sind nicht beweiskräftig. So wird niemand eine Unterlassungsklage gegen die Wiederholung eines Mordversuchs anstrengen oder zulassen, da Geld- und Haftstrafe des § 890 ZPO. kein geeignetes Mittel sind, um den Mordversuch zu verhindern; in diesem Falle würde es somit an einem Rechtsschutzbedürfnis für die Erhebung der Unterlassungsklage fehlen. Eine Klage auf Unterlassung zukünftiger Diebstähle ist nicht zulässig [45]), weil es sich hierbei um eine echte negatorische Unterlassungsklage handelt und § 1004 BGB. nur zur Verhinderung solcher Beeinträchtigungen des Eigentums Handhabe bietet, die nicht eine Entziehung des Besitzes enthalten. Eine Unterlassungsklage in den Fällen, in denen jemand fortgesetzt seinen Hund auf einen Menschen hetzt (§ 366 Nr 6 StGB.) oder jemand fortgesetzt eine Scheune mit unverwahrtem Licht betritt (§ 368 Nr. 5 StGB), ist unbedenklich zuzulassen. Bei Verletzung der polizeilichen Absperrmaßregeln zur Cholerazeit (§ 327 StGB.), bei zu schnellem Fahren auf der Straße (§ 366 Nr. 2 StGB.) und bei Verstößen gegen die §§ 366 Nr. 8, 9 und 367 Nr. 8, 9 StGB ist eine Unterlassungsklage deshalb unstatthaft, weil die unter Strafe gestellten Handlungen dieser Art keinen Eingriff in ein persönliches Interesse des Klägers enthalten, sondern Verletzungen von Belangen der Allgemeinheit darstellen.

Die für die Rechtsprechung des IV., VI. und IX. Zivilsenats des Reichsgerichts angeführten rechtspolitischen Gründe sind demgemäß keineswegs zwingend und überzeugend.

Für die Zulässigkeit der Unterlassungsklage gegenüber strafrechtlich verbotenen Handlungen sprechen demgegenüber noch folgende rechtspolitische Erwägungen.

Der Zivilprozeß besitzt vor dem Strafprozeß mannigfache Vorzüge. So ist das Strafverfahren in der Regel langwieriger als der Zivilprozeß. In diesem kann der Verletzte in kürzester Zeit eine einstweilige Verfügung erwirken [46]), was besonders wichtig bei Beleidigungen durch Druckschriften ist. Im Zivilprozeß hat der Verletzte

44) JW. 1915, 119.
45) ebenso, aber aus einem anderen unzutreffenden Grunde, Schramm DJZ. 1925, 1632 und Endemann JW. 1927, 1998 Nr. 9 A. B.
46) Schramm DJZ. 1925, 1632; Matthiessen JW. 1927, 1997 A. 9.

ferner ganz andere Beweismöglichkeiten [47]), die im Strafverfahren ausgeschlossen sind, wie vor der Zivilprozeßnovelle vom 27. 10. 1933 die Eideszuschiebung und die Auferlegung eines richterlichen Eides und seit dem 1. 1. 1934 die Parteivernehmung. Es findet im Zivilprozeß bei der Prüfung der Voraussetzungen der Unterlassungsklage im Gegensatz zum Strafverfahren auch keine Untersuchung der Schuldfrage statt. Die Wirkung des zivilrechtlichen Rechtsbehelfs ist viel intensiver, weil die an den Täter persönlich gerichtete Anordnung des Zivilrichters, eine bestimmte Handlung zu unterlassen, bei weitem wirksamer ist als die allgemeine Strafandrohung des StGB., deren Bedeutung sich der Täter oft nicht bewußt ist [48]).

Der Verletzte genießt endlich — und diese Folgerungen erscheinen ausschlaggebend — nach der bekämpften Rechtsprechung des Reichsgerichts in den Fällen, die wegen ihrer Schwere zugleich auch mit öffentlich-rechtlicher Strafe bedroht sind — z. B. kreditgefährdende Aeußerungen sind zugleich beleidigend —, geringeren privatrechtlichen Schutz [49]) als in anderen leichteren Fällen, in denen die öffentlich-rechtliche Strafandrohung fehlt und deshalb die Unterlassungsklage ohne weiteres zugelassen wird. Bei beleidigenden Aeußerungen müßte auch der Beleidigte, um mit der Unterlassungsklage gegen den Beleidiger durchzudringen, nachweisen, daß sein Gegner in Wahrnehmung berechtigter Interessen gehandelt hat [49]), damit er auf diese Weise den ihm durch das Strafrecht gegenüber Beleidigungen gewährten Schutz ausschaltet. Gerade diese Folgerungen, die das Reichsgericht von seinem bekämpften Standpunkt aus ziehen müßte, zeigen deutlich, daß diese Rechtsprechung nicht richtig sein kann.

Die vorstehenden Ausführungen ergeben, daß es keinesfalls gerechtfertigt erscheint, einen Umkehrschluß aus den eine Unterlassungsklage ausdrücklich zulassenden gesetzlichen Bestimmungen zu ziehen Denn es spricht nichts dafür, sondern alles dagegen, daß sie als eng auszulegende Ausnahmevorschriften gedacht sind. Es besteht somit von vornherein keine Notwendigkeit zu einer einschränkenden statt zu einer vollen analogen Anwendung des Rechtsgedankens der §§ 12, 862, 1004 BGB. und der entsprechenden Bestimmungen des UWG. hinsichtlich der quasinegatorischen Unter-

47) Teich JW. 1914, 613.
48) Finger JW. 1919, 565; Schramm DJZ. 1925, 1632; Endemann JW 1927, 1998 A. B.
49) Rosenthal, Unterlassungsklage 29, 30.

lassungsklage. Diese ist vielmehr nach den bisherigen Feststellungen auch in den Fällen für zulässig zu erachten, in denen die in Frage stehende Handlung bereits durch ein Strafgesetz verboten ist.

§ 7. Verneinung der Frage wegen mangelnden Rechtsschutzbedürfnisses für die Erhebung der quasinegatorischen Unterlassungsklage?

Die bekämpfte Rechtsprechung des Reichsgerichts sieht weiterhin für die Anstrengung einer Unterlassungsklage gegenüber strafbaren Handlungen auch grundsätzlich ein Rechtsschutzbedürfnis des Klägers nicht als gegeben an. Sie bestreitet also für den Regelfall dem Kläger das Interesse an dem von ihm erstrebten Zivilurteil und verweigert ihm demgemäß den Rechtsschutz wegen Nichtvorliegens dieser für alle Klagen erforderlichen Grundvoraussetzung. Dieser Auffassung liegt der Gedanke zugrunde, daß die Möglichkeit, die Rechtsverletzung des Beklagten durch Strafanzeige oder Erhebung der Privatklage vor Gericht zu bringen, für den Kläger einen besseren, bequemeren und billigeren Weg zur Erreichung ein und desselben Ergebnisses darstelle. Dieser Gedanke wiederum beruht auf dem Grundsatz der Prozeßökonomie d. h. dem Bestreben der Rechtspflege, unnötige Prozeßhäufungen zu vermeiden. Dieser Grundsatz, der z. B. mit vollem Recht bei der Beurteilung des Verhältnisses von Feststellungs- und Leistungsklage zueinander angewendet wird, läßt sich jedoch für das Verhältnis von Unterlassungsklage und Strafklage nicht verwerten. Diese Möglichkeit scheitert schon an der Tatsache, daß beide Rechtsbehelfe grundverschiedenen Rechtsgebieten angehören. Es ergibt sich aber auch positiv aus der verschiedenen Wirkung, dem verschiedenen Zweck und dem verschiedenen Verfahrenscharakter[50]) beider Rechtsschutzmittel, daß sie gleichwertig nebeneinander und unabhängig voneinander gegeben sind und sich nicht gegenseitig ausschließen.

Seiner Wirkung nach betont der zivilrechtliche Rechtsbehelf den Schutz des Individuums, der strafrechtliche stellt in erster Linie auf das Allgemeininteresse ab, indem er unmittelbar staatlichen Belangen dient und das Individuum nur begleitweise schützt. Dieser nur mittelbar dem einzelnen gegebene Schutz genügt aber dessen Interessen nicht. Der Einzelne bedarf vielmehr des weitergehen-

50) Löwe—Rosenberg 18. Aufl EGStPO. § 11, 1 b; RGRK. Vorb. 6 VII c vor § 823; Staudinger Vorb. VII E. 5 vor § 823; Endemann JW. 1927, 198 A. B.; Matthiessen JW. 1927, 1997 Nr. 9 A. A.

den, auf seine eigenen Belange zugeschnittenen Zivilrechtsschutzes. Gerade die entgegen der staatlichen Strafandrohung begangene Rechtsverletzung zeigt, daß der strafrechtliche Schutz kein ausreichendes Mittel ist, um rechtswidrige Verletzungen des einzelnen wirksam zu verhindern [51]). Demgemäß kann der in diesem Sinne begrenztere Strafrechtsschutz den Zivilrechtsschutz nur ergänzen, aber keinesfalls einschränken [52]).

Außer der Wirkung ist auch der Zweck der beiden Rechtsbehelfe verschieden. Die Strafverfolgung soll mit der vom Gericht ausgesprochenen Strafe ein begangenes Unrecht zum Zwecke der Abschreckung sühnen; mit der Unterlassungsklage dagegen will der Verletzte eine Rechtsverletzung, die ihm in der Zukunft droht, verhindern [53]). Hauptzweck ist beim Strafurteil die Vergeltung, das Unterlassungsurteil aber soll ein bestimmtes künftiges Verhalten des Verurteilten dem Kläger gegenüber erzwingen.

Der Zivilprozeß ist ferner anders aufgebaut als der Strafprozeß. Bei der strafprozessualen Verfolgung verliert der Verletzte nach Erstattung der Strafanzeige bezw. der Erhebung der Privatklage die Herrschaft über den Ablauf und den Gegenstand des Verfahrens [54]), weil dieses dem öffentlichen Interesse dient und auf Bestrafung des Täters gerichtet ist, während der Zivilprozeß der Verwirklichung eines Privatrechts dient.

Wenn dergestellt Wirkung, Zweck und Charakter der beiden Rechtsschutzmittel verschieden sind, so ist nicht anzunehmen, daß sie einander ausschließen wollen, indem etwa der strafrechtliche Rechtsbehelf den zivilrechtlichen verdrängt. Denn führen sie nicht auf gleichem oder ähnlichem Wege zu demselben Ziele, so kann das Rechtsschutzbedürfnis für den einen Rechtsbehelf nicht deshalb verneint werden, weil auch der andere zulässig ist. Es ist vielmehr bei den tiefgreifenden Verschiedenheiten beider Rechtsbehelfe anzunehmen, daß es sich um eine kumulative Konkurrenz der Rechtsschutzmittel — der Strafklage und der zivilrechtlichen Unterlassungsklage — handelt.

§ 8. Verneinung der Frage infolge Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem?

Für die dennoch ein Ausschlußverhältnis beider Rechtsbehelfe annehmende Rechtsprechung des Reichsgerichts spricht nunmehr nur noch, daß das Endergebnis beider auf eine Bestrafung ein und

51) RGZ. 116, 155.
52) RGZ. 116, 154.
53) Enneccerus—Lehmann § 242, 3; Schmitt JW. 1913, 670.
54) Schmitt JW. 1913, 670.

derselben Zuwiderhandlung, nämlich der Uebertretung des richterlichen Unterlassungsgebotes und des Strafgesetzes, hinausläuft. Denn die auf Grund einer Unterlassungsklage ergehende Strafandrohung und Straffestsetzung nach § 890 ZPO bedeutet die Verhängung einer Strafe, die sich äußerlich erheblich der öffentlichen Strafe des Strafgesetzes nähert. Es entsteht daher die Frage, ob auf Grund desselben Tatbestandes — nämlich der Verletzung eines obrigkeitlichen Unterlassungsgebotes — neben der Verhängung der kriminellen Strafe die der Strafe aus § 890 ZPO. zulässig ist.

Zwecks Lösung dieser Frage ist der Charakter der Strafe des § 890 ZPO. festzustellen. Denn wäre diese als eine wirkliche Strafe im Sinne des Strafrechts anzusehen, so wäre der Grundsatz ne bis in idem anzuwenden und eine Bestrafung aus § 890 ZPO. unzulässig. Freilich ist dieser Satz, soweit er das Prinzip der strafprozessualen Rechtskraft bezeichnen will, für die hier zur Erörterung stehende Frage unverwertbar, da es regelmäßig an der Voraussetzung fehlt, daß eine denselben Tatbestand treffende **rechtskräftige** strafgerichtliche Entscheidung vorliegt, und es nicht genügt, daß wegen der mit Strafe bedrohten Handlung ein Strafverfahren in Zukunft noch stattfinden **kann.** Es ist aber in dem Satze ne bis in idem ein allgemeiner Rechtsgrundsatz zu erblicken, der die Forderung enthält, daß wegen **eines** Rechtsbruches nicht zwei gleichartige Reaktionen der Staatsgewalt erfolgen dürfen. In diesem Sinne hat der Satz ne bis in idem eine über das Strafprozeßrecht hinausreichende Bedeutung und ist für die Entscheidung der vorliegenden Frage anwendbar und ausschlaggebend.

Hierbei ist es nun **derselbe** Tatbestand, der den Anlaß zur Verhängung der Strafe aus dem Strafgesetz und der ZPO. gibt. Demgemäß ist entscheidend, ob auch die Rechtsfolge gleich ist d. h. ob die Strafe aus § 890 ZPO. mit der des Strafgesetzes identisch ist. Trifft dies zu, so greift der Grundsatz ne bis in idem im oben angegebenen Sinne Platz, und das Unterlassungsurteil könnte nicht nach § 890 ZPO. vollstreckt werden, weil die Vollstreckung dem Grundsatz widerspräche, daß ein und dieselbe Tat nur einmal strafrechtlich gesühnt werden darf. Dann wäre aber auch die Unterlassungsklage selbst unzulässig, weil der Zivilrechtsweg nicht neben dem strafrechtlichen Rechtsbehelf als weiteres Druckmittel in derselben Angelegenheit nach dem angeführten Grundsatz benutzt werden darf.

Es handelt sich also darum, das Wesen der Strafe des § 890 ZPO. festzustellen, insbesondere ob sie eine kriminelle Strafe ist. Das Gesetz spricht sich über ihren Charakter nicht aus. § 890 ZPO. ordnet lediglich als Mittel, die durch einen gerichtlichen Titel fest-

gestellte Unterlassungspflicht durchzusetzen, Geldstrafe in unbeschränkter Höhe oder Haftstrafe bis zu 6 Monaten an. Die Benennung dieser Strafe nach ihrem Wesen erfolgt in Schrifttum und Rechtsprechung in der verschiedensten Weise. Sie wird teils als wirkliche Strafe [55]), teils als Zwangs- oder Exekutivstrafe [56]), teils als aus beiden Arten gemischte Strafe [57]), teils als Ordnungsstrafe [58]) und teils als Verwaltungsstrafe [59]) bezeichnet. Die Stellungnahme in dieser Frage läßt jede Einheitlichkeit vermissen.

Bei der Untersuchung, in welche Strafart die Strafe des § 890 ZPO. einzuordnen ist, haben zunächst die Begriffe der Ordnungsstrafe und der Verwaltungsstrafe auszuscheiden, und zwar die Ordnungsstrafe deshalb, weil es einen eindeutigen und feststehenden Begriff dieser Strafart nicht gibt [60]), und die Verwaltungsstrafe, weil sie de lege lata als wirkliche Strafe im Sinne des Strafrechts und nicht als eine besondere Strafart zu gelten hat. Es bleibt sonach zu prüfen, ob die Strafe des § 890 ZPO. als kriminelle Strafe, als Zwangsstrafe oder als eine aus beiden Strafarten gemischte Strafe anzusehen ist — Die wohl herrschende Meinung [61]) sieht in der Strafe des § 890 ZPO. nicht nur eine Vollstreckungsmaßnahme im privaten Interesse eines Gläubigers, sondern zugleich auch eine echte Rechtsstrafe mit dem Zwecke, die Zuwiderhandlung gegen ein staatliches Gebot zu sühnen. Wegen dieser Doppelnatur der Strafe des § 890 ZPO. läßt die bekämpfte Rechtsprechung des Reichsgerichts im Verhältnis zur Strafe des StGB. den Satz ne bis in idem in weiterem Sinne zur Anwendung gelangen.

Um die Strafe des § 890 ZPO. in eine der Strafarten einzuordnen, ist zu untersuchen, welche Voraussetzungen zu ihrer Verhängung

---

55) Stein—Jonas § 890 I; Baumbach § 890, 2 und Uebersicht 2 vor § 899; Planck § 823 B IV, 2 c (S. 1752); OLG. Düsseldorf JW. 1932, 3193 Nr. 13; OLG. Köln JW. 1931. 3569 Nr. 12; Bendix JW. 1923, 364

56) Mezger JW. 1932, 3193 A. 13; Werner Sächs. Arch. RPfl. 4, 345; Schultz JW. 1931, 3569 A. 12; Rospatt JW. 1900, 892; Isaak ZStW. 21, 679; Krakenberger 135 Anm 2; Temper 12.

57) RGZ. 77, 222/223; RG. SA. 75 Nr. 178; Förster—Kann § 890, 3; Sydow—Busch § 890, 2; Löwe—Rosenberg, EG. StPO. § 3, 2 e; KG. JW. 1929, 2617 Nr. 4; HRR 1931 Nr. 1711; OLG. Hamburg LZ. 1928, 575 Nr. 5; OLG. Frankfurt JW. 1933, 1898 Nr. 7; Neukamp JW. 1915, 118; von Kleist JW. 1911, 206.

58) Seuffert—Walsmann § 890, 2 b; Oertmann JW. 1922, 1047 A. 1; Weinmann JW. 1914, 1009.

59) Rosenberg § 215, II, 2.

60) Krakenberger 3, 137.

61) s. Anm. 57.

vorliegen müssen, welchen Zweck sie verfolgt und welche Wirkung sie bei den von ihr betroffenen auslöst Prüft man zunächst Voraussetzungen und Wirkungen, so ergibt sich, daß diese beiden Maßstäbe auszuscheiden haben, da die Voraussetzungen der Zwangsstrafe und der Kriminalstrafe zusammenfallen und beide Strafarten sich auch in der Wirkung nicht unterscheiden. Der eigentliche Unterschied der beiden Strafarten liegt vielmehr in dem von den Strafen verfolgten Zweck. — Die Kriminalstrafe will in erster Linie — unbeschadet der verschiedenen Straftheorien, von denen die hier zu Grunde gelegte neuerdings zur Herrschaft gelangt ist [62]), — eine begangene rechtswidrige Handlung vergelten. Daneben soll sie zugleich den Verurteilten bessern und andere von gleichen Straftaten abschrecken [63]).

Im Gegensatz zur Kriminalstrafe ahndet die Zwangsstrafe nicht die begangene Rechtsverletzung, sondern bezweckt die Erfüllung einer Rechtsnorm, indem sie angedroht und auferlegt wird, um ein normgemäßes Verhalten zu erzwingen. Da die Zwangsstrafe nicht den Ungehorsam gegen ein von der Rechtsordnung erlassenes Gebot vergelten, sondern diesen gerade beseitigen und Gehorsam erzwingen will, kümmert sich die Zwangsstrafe nicht um die Vergangenheit, sondern sucht ihren Zweck ausschließlich in der Zukunft. Während demnach bei der Kriminalstrafe deren Verhängung Selbstzweck ist, ist die Verhängung der Zwangsstrafe nur Mittel zum Zweck.

Denkbar ist nun, daß die Strafe des § 890 ZPO. als Rechtsfolge eines Delikts — des Ungehorsams gegen das richterliche Unterlassungsgebot — eintritt und ihre Aufgabe sich in der Sühne dieses Ungehorsams erschöpft oder daß sie nur verhängt wird, um keinen weiteren Ungehorsam gegen das richterliche Unterlassungsgebot aufkommen zu lassen, oder daß sie beiden Zwecken zugleich dient Für die zweite Möglichkeit ist zu entscheiden.

Denn die Strafe des § 890 ZPO. ist ein Mittel zur Erzwingung einer in einem Vollstreckungstitel festgestellten Unterlassungspflicht. Dies folgt schon aus der systematischen Stellung des § 890 ZPO. in dem Abschnitt „Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen". Die Zuwiderhandlung gegen das Unterlassungsgebot ist

---

62) vergl. § 6 des preuß. Ges. über Strafvollstr. und Gnadenrecht vom 1 August 1933; ferner Teil 2, Abschnitt 1, Titel 1 der Denkschrift des Preußischen Justizministeriums „Nationalsozialistisches Strafrecht" vom September 1933.

63) RGSt. 58, 109; 61, 417; RG. DRZ. (Rechtspr.) 1929 Nr. 59; StGH. in RGZ. 137, 58.

nicht Grund, sondern nur Anlaß zur Verhängung der Strafe. Daß die Straffestsetzung im konkreten Falle eine Folge der Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungspflicht ist, besagt nichts für eine kriminelle Natur der Strafe des § 890 ZPO Denn auch die Zwangsstrafe muß begrifflich anläßlich eines in der Vergangenheit liegenden Verhaltens verhängt werden, da andernfalls überhaupt keine „Strafe" vorhanden wäre Nach allgemeinem Sprachgebrauch stellt nämlich die Strafe begrifflich ein auf Grund eines obrigkeitlich mißbilligten Verhaltens zugefügtes Uebel dar. Der Unterschied zwischen den Strafarten selbst aber ergibt sich aus dem Zweck, den die einzelne Strafe verfolgt, während der Anlaß, der zu einer solchen führt, bei allen Strafen der gleiche ist. Auf eine andere Weise als durch Anknüpfung an die erfolgte Zuwiderhandlung läßt sich die Durchführung einer Unterlassungspflicht auch garnicht erzwingen [64]). Der Schwerpunkt des Strafzwecks der Strafe des § 890 ZPO. ist demgemäß die Sicherung der Durchführung des Titels d. h. die Verhütung von Zuwiderhandlungen, die durch Eingriff in Vermögen oder Freiheit des Betroffenen erreicht werden soll. Die sühnende Wirkung der Strafe ist eine nur aus deren Begriff fließende Eigenschaft und in diesem Zusammenhange nur eine nebensächliche und beiläufige Erscheinung von untergeordneter Bedeutung. Es wäre auch in der Tat verwunderlich, im Falle des § 890 ZPO. die Nichterfüllung eines Urteils oder eines anderen Titels zu bestrafen, in allen anderen Fällen aber straflos zu lassen [65]). Ferner ist für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht auch der dem § 890 der jetzigen ZPO. entsprechende § 977 des Entwurfs einer ZPO. von 1931 (veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium) anzuführen, der von „Ordnungsstrafe in Geld" und „Ordnungshaft" spricht und damit klarstellt, daß diese Strafen nicht krimineller Natur sind.

Wenn also die Strafe des § 890 ZPO. die Bestimmung hat, den Verpflichteten zu einem urteilsgemäßen Verhalten zu zwingen, und dergestalt vom Vollstreckungszweck beherrscht wird, so ist sie ihrer Natur nach lediglich Zwangsmittel, nicht aber Zwangsstrafe und Kriminalstrafe zugleich.

Abgesehen davon, daß die Zwangsstrafe begrifflich im Gegensatz zur Kriminalstrafe nicht Vergeltung einer Tat bezweckt, ergeben sich noch einige andere Merkmale, die zeigen, daß die Zwangsvollstreckungsstrafe des § 890 ZPO. nicht als Kriminalstrafe angesehen werden kann. — Die Kriminalstrafe ergeht nämlich im öffentlichen Interesse auf Grund einer allgemeinen, zum Schutze der

64) Isaak ZStW. 21, 679.
65) Werner Sächs. Arch. Rpfl. 1927, 346; Temper 8.

Gemeinschaft erlassenen Norm und ist an die Allgemeinheit gerichtet. Die Zwangsvollstreckungsstrafe des § 890 ZPO. ergeht dagegen im Interesse des Verletzten auf dessen Begehren (einseitiger Vortrag mit Glaubhaftmachung!); ihre Androhung richtet sich gegen einen bestimmten Verletzer allein und persönlich Die Belange des Verletzten spielen deshalb bei der Verhängung der öffentlichen Strafe keine entscheidende Rolle; gerade auf diese wird aber Rücksicht genommen bei der Verhängung der zivilprozessualen Strafe [66]), deren Ziel die Sicherung des Verletzten ist. Deshalb kann diese auch viel höher sein als die öffentliche Strafe.

Ist demnach die Strafe des § 890 ZPO. eine Zwangsstrafe und keine Kriminalstrafe, so können sowohl die Strafe des § 890 ZPO. als auch die Strafe des Strafgesetzes auf Grund ein und desselben Tatbestandes nebeneinander angedroht und verhängt werden. Die aufgezählten Verschiedenheiten der Kriminalstrafe und der Zwangsstrafe im allgemeinen sowie der Zwangsvollstreckungsstrafe des § 890 ZPO. im besonderen lassen eine Kumulation durchaus zu. Beide Strafansprüche sind vollkommen unabhängig voneinander und schließen sich gegenseitig keineswegs aus [67]). Deshalb ist die Anwendbarkeit des Grundsatzes ne bis in idem hier ausgeschlossen. Folgte dies Ergebnis bisher aus der Tatsache, daß die Strafen des § 890 ZPO. und des Strafrechts verschiedenen Strafarten angehören, so ergeben sich doch auch noch andere grundsätzliche Bedenken gegen eine Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem in der vorliegenden Frage.

Es ist nämlich durchaus nicht selbstverständlich, daß die Unterlassungsklage im Zwangsvollstreckungsverfahren zur Festsetzung einer Strafe führen **muß.** Oft wird diese gar nicht nötig sein, weil sich der Verurteilte dem Urteil ohne weiteres unterwirft. Aber auch hiervon abgesehen ist es nicht gerechtfertigt, die Zulässigkeit der Unterlassungsklage auf ein nur mögliches, wenn auch wahrscheinliches Ergebnis der Zwangsvollstreckung abzustellen. Denn die Zulässigkeit einer Klage kann von der Möglichkeit und von der Art der Durchführung der Zwangsvollstreckung keineswegs abhängig gemacht werden, da Erkenntnis- und Zwangsvollstreckungsverfahren unmittelbar nichts miteinander zu tun haben; daß jenes nicht durch dieses bedingt ist, erweist z. B. die Bestimmung des § 888 Absatz 2 ZPO.

---

66) Endemann JW. 1927, 1898 A. B.

67) So ist auch im Verwaltungsrecht — vergl. OVG. 84, 276 — die Anwendung der polizeilichen Exekutivgewalt neben der kriminellen Bestrafung zulässig.

Ferner bestand in den vom Reichsgericht entschiedenen Fällen, in denen es die Zulässigkeit der Unterlassungsklage verneinte, meist nur die Möglichkeit eines strafrechtlichen Vorgehens. In einem solchen Falle könnte es nun geschehen, daß der Zivilrichter die Unterlassungsklage abweist, weil der rechtswidrige Eingriff, der den Anlaß zur Klage gegeben hat, nach seiner Meinung unter eine Strafrechtsnorm fällt; der Strafrichter jedoch könnte in demselben Falle, da er an die Feststellung des Zivilrichters nicht gebunden ist (vergl. §§ 261, 262 StPO.), trotzdem aus irgend einem Grunde zu einer Freisprechung gelangen, so daß der Verletzte jeden Schutzes beraubt wäre [68]).

Aus der sich mithin ergebenden völligen Unabhängigkeit der Zwangsstrafe des § 890 ZPO. gegenüber der Kriminalstrafe folgt notwendig, daß beide Maßregeln nebeneinander eintreten können und sich keineswegs gegenseitig ausschließen. Der Satz ne bis in idem kann infolgedessen nicht zur Anwendung gelangen.

§ 9. Die Möglichkeit einer ausnahmsweisen Einschränkung der quasinegatorischen Unterlassungsklage gegenüber strafbaren Handlungen.

Die Möglichkeit der strafrechtlichen Verfolgbarkeit der Rechtsverletzung schließt nach vorstehenden Ausführungen den zivilrechtlichen Rechtsbehelf der quasinegatorischen Unterlassungsklage nicht aus. Da aber in einer möglicherweise eintretenden Doppelbestrafung des Zuwiderhandelnden eine unbillige und unnötige Härte liegen kann, so ist eine gewisse Einschränkung der Zulässigkeit der quasinegatorischen Unterlassungsklage, wenn die Zuwiderhandlung schon strafrechtlich verboten ist, dennoch für zweckmäßig zu erachten Insofern ist Staudinger [69]) und Planck [70]) beizupflichten, daß die Unterlassungsklage **ausnahmsweise** dann nicht zuzulassen ist, wenn im Einzelfall die strafgesetzliche Strafdrohung Gewähr dafür bietet, daß eine Wiederholung desselben Eingriffs nicht erfolgt, weil dann ein Rechtsschutzinteresse für die Erhebung der Unterlassungsklage nicht vorhanden ist. Ein solcher Fall liegt z. B. dann vor, wenn wegen der Schwere der im Strafgesetz angedrohten Strafe ein zivilrechtliches Unterlassungsgebot keine praktische Bedeutung besitzt, wie etwa im Falle einer Bedrohung mit Mord. In diesem Sinne ist darauf abzustellen, ob trotz der öffentlichen Strafandrohung eine Wiederholung der Rechtsverletzung zu befürchten ist oder ob die öffentliche Strafandrohung voraus-

68) Delius JW. 1913, 8.
69) Vorb. vor § 823 VII, E. 5.
70) § 823 IV 2 c.

sichtlich den Beklagten von einer weiteren Rechtsverletzung abhalten wird. Stimmt man dem zu, so ist das Verlangen eines „besonderen Rechtsschutzbedürfnisses" überflüssig und vielmehr allein auf das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr abzustellen. Diese bildet dann das notwendige Korrektiv der quasinegatorischen Unterlassungsklage, dessen Vorliegen zwar im Einzelfall der Beurteilung des erkennenden Richters überlassen werden muß, dessen Prüfung aber doch zu wesentlich bestimmteren und befriedigenderen Ergebnissen führt als das Erfordernis des „besonderen Rechtsschutzbedürfnisses".

§ 10. Zusammenfassung des Ergebnisses.

Abschließend ist als Ergebnis der vorstehenden Ausführungen festzustellen, daß die quasinegatorische Unterlassungsklage im Gegensatz zur Rechtsprechung des vormaligen VI. Zivilsenats und entgegen den Bedenken des IV., des (jetzigen) VI. und des IX. Zivilsenats im Einklang mit der Rechtsprechung des II. Zivilsenats des Reichsgerichts auch dann zuzulassen ist, wenn eine strafrechtliche Verfolgung der zu untersagenden Handlung möglich ist. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz, jedoch keine grundsätzliche Einschränkung der Zulässigkeit der quasinegatorischen Unterlassungsklage gegenüber strafrechtlich verbotenen Handlungen ist im Einzelfall nur dort zu machen, wo die Strafdrohung Gewähr dafür bietet, daß der Eingriff nicht wiederholt wird, also eine Wiederholungsgefahr nicht als vorhanden anzunehmen ist.

Lebenslauf.

Am 5. September 1910 wurde ich, Werner Richard Gustav Kaiserling, als Sohn des Amtsgerichtsrats Gustav Kaiserling und seiner Ehefrau Margarete geb. Martin in Lauenburg i. P. geboren. Nach dreijährigem Besuch der Vorschule besuchte ich neun Jahre lang das humanistische Gymnasium in Lauenburg i. P., an dem ich Ostern 1929 das Reifezeugnis erwarb. Darauf studierte ich an der Universität Marburg a. d. L. ein Semester und an der Universität Berlin sechs Semester Rechts- und Staatswissenschaften. Am 4. Mai 1933 bestand ich am Kammergericht in Berlin die erste juristische Staatsprüfung mit dem Prädikat „befriedigend". Seit dem 10. Juni 1933 bin ich als Gerichtsreferendar im preußischen Staatsdienst tätig Nach der Referendarprüfung studierte ich als Gasthörer noch zwei Semester Rechtswissenschaft an der Universität Rostock, vor deren Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät ich am 21. Dezember 1933 die mündliche Doktorprüfung bestand.